

Comentarios al Proyecto de Ley 198 de 2023 (Senado)
“Por la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1563 de 2012 y se dictan otras disposiciones”.
(Arbitraje Institucional en Materia Tributaria, Aduanera y Cambiaria)
(Gaceta del Congreso nro. 1635, 23 nov. 2023, págs. 8 a 12)

(Informe de Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley No. 198 de 2023 Senado - 326 de 2023 Cámara “Por la cual se modifican algunos artículos de la ley 1563 de 2012 y se dictan otras disposiciones”)

De manera atenta, en mi calidad de Presidente del Consejo de Estado, a través del presente escrito, me referiré al Proyecto de Ley No. 198 de 2023 Senado - 326 de 2023 Cámara “Por la cual se modifican algunos artículos de la ley 1563 de 2012 y se dictan otras disposiciones”, que fuera radicado por el Gobierno Nacional en el Congreso de la República con mensaje de urgencia.

Sea lo primero expresar extrañeza frente a la solicitud de dar trámite de urgencia al referido proyecto, especialmente porque introduce, en materia tributaria, cambiaria y aduanera, una figura nueva en el ordenamiento jurídico colombiano. No se entiende la razón por la que un tema de tanta trascendencia para el país ha de ser tramitado de urgencia, ad portas de concluir la legislatura, impidiéndose un debate amplio, transparente y nutrido de las distintas visiones respecto de la constitucionalidad, legalidad y conveniencia de sus disposiciones.

Cierto es que ni el artículo 163 de la C.P ni la Ley 5° de 1992, exigen al Presidente de la República motivación de su solicitud de trámite de urgencia, pero también lo es que dicha atribución, no puede soslayar la necesidad de dar debates profundos a los proyectos normativos que lo requieran, máxime cuando estos afectan las competencias del Consejo de Estado.

El respecto, vale la pena mencionar lo previsto en el artículo 113 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, según el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil, debe ser previamente oída cuando se trate de proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.

Como se evidencia claramente de la lectura del Proyecto de ley materia de análisis, el artículo 4°, atribuye competencias a las secciones Primera y Cuarta del Consejo de Estado, lo cual, impone el concepto previo, sobre la integralidad del proyecto, de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta misma corporación, la cual, hasta la fecha no ha sido oída.

¹ Artículo 113: Concepto previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala de Consulta y Servicio Civil debe ser previamente oída en los siguientes asuntos: 1. Proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.

En atención a lo anterior se considera importante ofrecer el espacio adecuado dentro del trámite legislativo al debate de aspectos tales como los que se pasan a mencionar:

Dada la importancia que revisten los impuestos, tasas y contribuciones en el cumplimiento de los fines del Estado, y en el deber de las personas naturales y jurídicas de «*contribuir al funcionamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*²», su regulación fue atribuida con especial cuidado por la Constitución Política de Colombia al Congreso de la República³, con lo cual, cuenta con reserva legal.

De igual manera, la facultad de dirimir las controversias relativas a impuestos, tasas y contribuciones fue establecida por la Constitución en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conformada por el Consejo de Estado⁴, los Tribunales y los juzgados administrativos⁵.

En ese contexto, el arbitraje en materia fiscal se aparta de los fines de la Carta, en tanto contraría las competencias en esta establecidas, a lo cual se suma que, ante el cuidado y precisión que el constituyente y el legislador han dado a los tributos, y en aplicación de los principios de igualdad⁶, legalidad⁷ y equidad⁸, estos no son objeto de conciliación o de transacción.

Es pertinente también advertir que un proyecto de ley de esta naturaleza no puede estar sustentado, preponderantemente, en razones de carácter fiscal o de recaudo tributario poniendo en riesgo el debido proceso al que tiene derecho el contribuyente.

En adición a lo anterior:

1. El proyecto de ley mencionado tiene por objeto habilitar la posibilidad de someter a un juicio arbitral los actos administrativos particulares emitidos por la DIAN, que sean objeto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138, Ley 1437 de 2011). En virtud de lo anterior, los tribunales arbitrales podrán resolver sobre la legalidad de los actos administrativos particulares que versan sobre asuntos tributarios, aduaneros o cambiarios, lo que implica que el tribunal de arbitramento haga un estudio de legalidad de los actos administrativos que son objeto de controversia, estudio cuya potestad hoy recae exclusivamente en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dado que los asuntos de carácter tributario son de interés público, porque en general involucra las decisiones que satisfacen los deseos de un grupo mayoritario (las contribuciones fiscales sólo tienen origen en el órgano de

² Constitución Política, artículo 95 numeral 7.

³ El artículo 338 de la Constitución Política establece que «*En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales*».

⁴ Conforme al artículo 236 de la Constitución Política, corresponde al Consejo de Estado «*1.- desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley*». Lo anterior, fue desarrollado por los artículos 163 y siguientes del CPACA.

⁵ Los artículos 104, 152 numeral 3 del CPACA fijan la competencia de los tribunales para conocer demandas en temas de carácter tributario. El artículo 155 *ibidem* la establece para el caso de juzgados administrativos.

⁶ Artículo 13 de la Constitución Política.

⁷ Artículo 150-12 de la Constitución Política.

⁸ Artículo 363 de la Constitución Política.

representación popular) y pretenden el cumplimiento de una meta social - la estabilidad económica del país, se ha considerado que como recursos públicos, éstos no son objeto de conciliación o transacción y por ende es una materia que no está sujeta a disposición de los particulares; esto en aras de garantizar su aplicación y cobro siguiendo los criterios de igualdad, equidad y legalidad.

2. El proyecto somete al arbitraje los actos administrativos de contenido particular en materia tributaria, desconociendo que este acto no sólo determina el monto del mayor impuesto sino que impone sanciones administrativas las cuales dependiendo de la gravedad de la conducta y del monto de los impuestos en discusión dan paso a los delitos penales de evasión fiscal, omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes y omisión de agente retenedor o recaudador.

Al respecto se considera que la potestad sancionadora del Estado y las infracciones penales que son producto de su poder sancionador (*ius puniendi*) no son competencia de los árbitros, pues ello llevaría consigo que la deuda tributaria contenida en un acto administrativo sea modificada (o anulada) por un tribunal arbitral, mientras que la sanción impuesta por la Administración contenida en el mismo acto sería susceptible de ser discutida ante los jueces administrativos, lo cual crearía trastornos por eventuales prejudicialidades, y con ello, una mayor demora en la resolución de los casos ante los jueces.

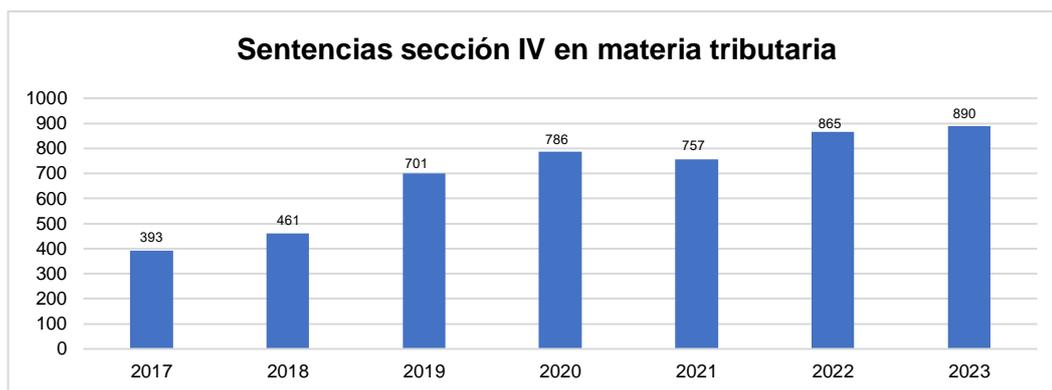
3. Bajo el anterior contexto, la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias C – 1436 de 2000 y SU – 174 de 2007 (que incluso son citadas en la exposición de motivos), es contundente en señalar que el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículos 236, 237 y 238 CP).

Así las cosas, el arbitraje sobre los actos administrativos expedidos por la DIAN en materia tributaria, aduanera y cambiaria, susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contraría la jurisprudencia citada y a la luz de la misma, resultaría inconstitucional.

4. Igualmente, se considera que el arbitraje propuesto vulnera el principio de jurisdiccionalidad y la tutela judicial efectiva (artículo 229 CP), puesto que en las actuaciones tributarias que culminan con la expedición de los actos administrativos, están involucrados derechos fundamentales de los contribuyentes como el debido proceso (derecho al ser oído, derecho de defensa y contradicción), legalidad, equidad tributaria y capacidad contributiva, entre otros, cuya protección está radicada esencialmente en los jueces de la República.
5. La exposición de motivos señala como justificación los altos porcentajes de congestión judicial en la jurisdicción administrativa, pero no en asuntos tributarios, lo cual distorsiona el análisis de este argumento de justificación del proyecto.

La información utilizada en la exposición de motivos no permite un análisis preciso de la situación de congestión de la justicia administrativa en materia tributaria y desconoce los términos que toman el procesos de determinación y discusión del tributo en sede administrativa los cuales se encuentran establecidos para ser ejecutados en cinco (5) años.

En cuanto al índice de evacuación a manera de ilustración en la Sección IV del Consejo de Estado, se encuentra en el 90% y en el año 2023 con las cifras preliminares al cierre, arroja la mayor producción de sentencias en la materia, tal como se aprecia en las siguientes graficas:



Índice de rotación Sección Cuarta			
Año	2021	2022	2023
Índice de evacuación (porcentaje de evacuación de acuerdo con las entradas de procesos y salidas con sentencias)	90%	84%	90%
Inventario final de casos	1042	1025	993

- El porcentaje de éxito de litigiosidad señalado en la exposición de motivos (54%) no describe los criterios tenidos en cuenta para estimarlo; es decir, no se indica si el criterio corresponde a la materia, a la cuantía, o a las pretensiones, que permitan establecer con claridad que el mismo comportamiento se verá reflejado en los procesos de arbitramento, y que lo recaudado sea efectivamente lo calculado.

Ahora bien, según datos publicados por la Agencia de Defensa jurídica del Estado, en un total de 180 procesos en los que las entidades del estado del orden nacional han sido convocadas, la tasa de éxito corresponde al 38% (69 procesos) frente al 62% de asuntos fallados en contra (111 procesos)⁹.

- Atendiendo a que el Estado colombiano viene propendiendo por la unificación de criterios en la administración de justicia mediante las sentencias de unificación, que para los árbitros no son obligatorias, se desconocería entonces el principio de igualdad constitucional, con laudos en contravía a las sentencias de la jurisdicción contenciosa administrativa.

⁹ Fuente: Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – EKOGUI

Las diferencias entre laudos y precedentes judiciales generan inseguridad jurídica. Los estándares utilizados por un árbitro no son claros. No se contemplan criterios para garantizar la uniformidad de decisiones por parte de los árbitros para casos con identidad fáctica y jurídica.

8. La disminución de intereses moratorios prevista en el artículo 7 del proyecto para acudir al arbitraje podría tener un vicio de constitucionalidad, pues la habilitación que hacen las partes a los árbitros debe ser libre de todo apremio o beneficio, en los términos de la jurisprudencia constitucional citada.

En todo caso, el Consejo de Estado reitera la conveniencia de debatir estas y otras consideraciones con suficiencia de ilustración y de cara a la opinión pública, por lo cual estima aconsejable que el trámite que se dé al proyecto de ley sea el ordinario y no el de urgencia.

Cordialmente,



Jaime Enrique Rodríguez Navas
Presidente del Consejo de Estado